

RAZÓN Y VOLUNTAD EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE HANS KELSEN

La importancia de la “norma fundante básica”

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP
Universidad Carlos III de Madrid

1. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA

1. En el texto que sigue, analizo el modo en que se presenta la tensión dialéctica razón/voluntad en la concepción del Derecho de Hans Kelsen, en primer lugar, porque en la obra kelseniana esta cuestión adquiere una importancia capital; en segundo lugar, porque me parece muy representativa del debate secular que en el ámbito filosófico se ha dado entre racionalistas (intelectualistas) y voluntaristas; finalmente, por la innegable relevancia de este autor y por su decisiva influencia en las tesis jurídicas que solemos manejar.

2. No voy a examinar la teoría del Derecho kelseniana, ni siquiera someramente, sino sólo aquellos aspectos de tal teoría que pueden ayudarnos a comprender el debate que ha suscitado tradicionalmente la relación entre la voluntad y la razón.

3. A tal objeto me parece especialmente interesante estudiar la posición de Kelsen en relación a la “norma fundante básica”. Y ello porque cuando en el terreno epistemológico Kelsen parece moderar su inicial postura racionalista para abrazar una cierta forma de empirismo (moderado), este giro desde la razón a la voluntad puede percibirse claramente en los diferentes modos en que se presenta dicha “norma” a lo largo de su obra.

4. Como se verá, con este salto epistemológico Kelsen se acerca a posiciones de las que, en principio, pretendía desembarazarse. Y es

que el giro cuestiona como mínimo, su distinción conceptual entre Derecho y hecho y se puede hacer extensible, incluso, a su separación conceptual entre Derecho y moral. Por tanto, puede decirse que su teoría *pura* del Derecho o, más claramente, su tesis normativista en el terreno jurídico, resulta considerablemente debilitada.

2. EL PREDOMINIO DE LA “RAZÓN” EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE HANS Kelsen. DE LA NORMA PRESUPUESTA AL ACTO FICTICIO DE VOLUNTAD

En la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, Kelsen parece asumir que bajo la apariencia de sistemas estáticos se esconden sistemas dinámicos. En principio, la validez de un sistema estático se apoya en una norma fundamental material de la que pueden derivarse mediante una operación deductiva tanto la validez como el contenido de las demás normas del sistema¹. Sin embargo, finalmente, Kelsen asegura: “[...] a la postre su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta [...] Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez pero no el contenido válido de las normas en ella fundadas. Estas normas constituyen un sistema dinámico de normas. El principio conforme al cual se produce la fundamentación de las normas de este sistema, es un principio dinámico”². Y de este modo, Kelsen asume que no existe ningún sistema normativo estático³; un sistema que

¹ En cambio, la unidad de un sistema normativo dinámico no se construye a partir de contenidos sino de mecanismos de delegaciones de autoridad; o sea, la validez de una norma no depende de su contenido (del hecho de haber sido deducida lógicamente de la norma superior) sino de la forma de su creación. Véase al respecto, J. DELGADO PINTO en “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, p. 183.

² *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R.J. Vernengo, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 204.

³ Así lo aseguran también J.A. GARCÍA AMADO en *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 20, L. TRIOLO en “Il potere normativo dell’ evidenza. Sistemi statici e presupposizione della ragion pratica”, p. 283 y K. OPALEK en “Riesame de la distinzione tra sistemi normativi statici e dinamici”, p. 27, p. 30 y p. 37 (estos dos últimos en L. Gianformaggio (ed.): *Sistemi normativi statici e dinamici: analisi di una tipologia kelseniana*, G. Giappichelli, Torino, 1991). Y es que, si, como señala C. LUZZATI, “en vez de afirmar que la Divinidad quiere el bien porque es el bien, [Kelsen] prefiere afirmar que el bien es bien porque Dios lo quiere”, parece que no se puede sostener que los ordenamientos morales sean ordenamientos estáticos (“Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen” también en L. Gianformaggio (ed.): *Sistemi normativi statici e dinamici: analisi di una tipologia kelseniana*, G. Giappichelli, Torino, 1991, p. 170).

ahora vendría definido como aquel en que el contenido de la norma fundante básica es aceptado como inmediatamente evidente⁴.

Como es sabido, es precisamente su relativismo y su voluntarismo los que no permiten a Kelsen considerar que tal contenido pueda ser de carácter moral (en el sentido de una moral universal). Este tipo de normas responde, en su opinión, a la creencia de que han sido establecidas por la voluntad de Dios, por cualquier otra voluntad suprahumana o por la costumbre; es decir, en última instancia, en una norma que instaaura la suprema autoridad normativa y que se apoya en un acto de voluntad arbitrario (dado el irracionalismo ético de Kelsen, no puede ser de otro modo)⁵.

De esta manera, todos los sistemas normativos son dinámicos, si bien nuestro autor acepta que en ellos juega también un papel relevante (aunque secundario) el principio estático, al menos por lo que se refiere a las relaciones entre normas derivadas y concretas del sistema y por lo que hace a la necesidad de unidad en el sistema.

En fin, una vez más, según Kelsen no puede existir una norma inmediatamente evidente por lo que tampoco pueden existir los sistemas estáticos puros. Esto ha de entenderse, siguiendo aquí a García Amado, en el sentido de que, aunque tales sistemas pudieran existir para otros (los que asumieran la evidencia de la norma en cuestión), en opinión de Kelsen, ninguno de ellos es más racional que los demás⁶. Aun-

⁴ *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 104.

⁵ Dice Kelsen: "La función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de normas es un acto de voluntad. De ahí que no pueda haber ninguna norma inmediatamente evidente. Cuando se afirma una norma, de la que se derivan [...] normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad suprahumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, se tiene, como todo lo acostumbrado como evidente de suyo". En cambio, con la creación de una norma no se conoce cómo es un objeto (conocimiento) sino que sólo se exige (voluntad) que algo debe ser (en *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 203-204 y en "La doctrina del Derecho Natural y el positivismo jurídico", *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, Fontamara, México, 1992, pp. 119-137 y pp. 129-130). Al respecto, puede consultarse: L. TRIOLO: "Il potere normativo dell'evidenza. Sistemi statici e presupposizione della ragion pratica", cit., pp. 271-300 y B. PASTORE: "Sistemi normativi e coerenza", L. Gianformaggio (ed.): *Sistemi normativi statici e dinamici: analisi di una tipologia kelseniana*, G. Giappichelli, Torino, 1991, p. 373. Finalmente, como ha señalado M. LOSANO, la orientación irracionalista es la que marca definitivamente la obra póstuma de Kelsen en *Teoría General de las normas* (en "La teoría pura del Derecho. Del logicismo al irracionalismo", trad. J. Ruiz Manero, *Doxa*, n° 2, 1985, p. 59).

⁶ J.A. GARCÍA AMADO en "Hablando de Kelsen con Delgado Pinto", J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, p. 1204.

que me parece que esto significa, a fin de cuentas, que ninguno de ellos puede cumplir con los objetivos que un sistema estático se propone.

En otras palabras, el concepto de norma inmediatamente evidente conduce al de razón práctica pues tal norma estaría dada en la razón o mediante la razón y en el esquema kelseniano toda norma es producto de la voluntad, nunca del conocimiento, para el que es imposible generar normas sin el auxilio del acto volitivo⁷. De hecho, también la norma fundamental acaba siendo definida como el producto de una voluntad ficticia.

Veamos someramente este asunto.

En su *Teoría General del Estado* (1925), Kelsen introduce la norma fundamental como hipótesis y la denomina “norma hipotética presupuesta”. Es hipotética porque; su validez no es demostrable. En la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* (1934) se califica como “fundamento hipotético”. Con la norma hipotética se ponen de manifiesto los presupuestos lógico-trascendentales del método positivo del conocimiento jurídico. Con la *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945) se insiste en que la norma fundamental es sólo supuesta. Finalmente, en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1960) la norma fundamental se presenta como la condición lógico-trascendental de la interpretación del orden jurídico (necesaria para el conocimiento del fenómeno jurídico), o sea, como una condición *apriorística* del conocimiento del Derecho⁸. Todavía Kelsen considera que se trata de una norma pensada pero después abandona esta idea, pues si se asume que una norma sólo puede ser el fruto de un acto de voluntad, no puede ser percibida como el sentido de un acto intelectual. Pasa a considerarla, entonces, como el producto de un acto de voluntad ficticio, una verdadera ficción, pues no sólo contradice la realidad sino que entra en contradicción consigo misma (especialmente, en *Teoría general de las normas* -1979). Con esta ficción se consigue mantener la dualidad *ser-deber ser* y defender la tesis según la cual una norma sólo deriva de otra norma.

⁷ Así lo aseguran J. DELGADO PINTO en “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *cit.*, p. 184 y J.A. GARCÍA AMADO en *Hans Kelsen y la norma fundamental*, *cit.*, pp. 174-175.

⁸ Como señalan U. SCHMILL y R.J. VERNENGO en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del Derecho (Tres ensayos sobre Kelsen)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 34, la norma fundamental, en línea kantiana, desvela la constitución epistemológica del objeto del conocimiento jurídico.

De hecho, en un coloquio realizado en Salzburgo sólo dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen admitió que había acabado por sostener una nueva concepción de la *Grundnorm*: “Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad (...) Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que a esta teoría que yo he representado por decenios (...) He renunciado (...) en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer (...) Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere (...) No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe”⁹.

Pues bien, este ficcionalismo, ¿se puede entender también como un principio trascendental?, ¿se sustituye de este modo la filosofía kantiana por la filosofía del *como-si* (contrafáctica) que sigue siendo racionalista?, ¿puede hablarse, más bien, de una renuncia expresa al racionalismo de sus primeras teorías?, ¿hay un auténtico cambio en la postura kelseniana a este respecto?¹⁰ De momento, podríamos decir que inicialmente Kelsen se sitúa en una línea kantiana (en este punto se ha señalado la especial influencia de la teoría neokantiana del conocimiento propuesta por Cohen¹¹),

⁹ Tomo estas líneas del libro de D. CRACOGNA: *Cuestiones fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, México, 1998 y de U. SCHMILL y R.J. VERNENGO: *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del Derecho (Tres ensayos sobre Kelsen)*, cit., p. 36. La misma idea expresa Kelsen en *Teoría General de las normas* (1979), trad. H.C. Delory, Trillas, México, 1994, pp. 430 y ss.

¹⁰ Así lo afirma R. WALTER en “Origen y desarrollo de la norma fundamental”, R. Walter (ed.): *Problemas centrales de la Teoría Pura del Derecho*, trad. L. Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 91. Sobre esta cuestión, véase también D. CRACOGNA: *Cuestiones fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 63-65 y J.I. MARTÍNEZ GARCÍA: *La imaginación jurídica* (1992), Dykinson, Madrid, 1999, pp. 86-91. El ficcionalismo es una postura que Kelsen recoge del filósofo Vaihinger (de la filosofía neokantiana del “como-si”) según el cual las ficciones son falsificaciones de la realidad consciente y provisional, que se mantienen –aun a sabiendas de su falsedad– sólo en la medida en que son útiles.

¹¹ No puede olvidarse que, como afirman U. SCHMILL y R.J. VERNENGO, Kelsen no fue un kantiano ortodoxo pues sólo parece aceptar los planteamientos de Kant en la *Crítica de la razón pura* (en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del Derecho (Tres ensayos sobre Kelsen)*, cit., p. 23). Y es que, en efecto, el neokantismo de la Escuela de

en una forma de dualismo epistemológico¹² y el giro que protagoniza en este terreno resulta determinante para su concepción del Derecho.

3. LA VOLUNTAD COMO FICCIÓN EN LA AUTORREVISIÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE Kelsen.

A mi juicio, el recurso de Kelsen al ficcionalismo no supone renunciar a sus tesis voluntaristas sino más bien reforzarlas y, por tanto, no creo que funcione en su teoría como un principio trascendental. Y ello, entre otras cosas, porque siempre cabe preguntarse por qué es esa (la de la voluntad) y no otra la ficción.

Si la respuesta es que tal ficción es el fruto de una convención que resulta útil a efectos epistemológicos (como parece que es), no se puede escapar a una cierta arbitrariedad pues la construcción de la realidad (convencionalismo) no obedece a ninguna razón en el sentido fuerte del término sino sólo a la “filosofía” del instrumentalismo, a una forma, pues, de empirismo. No resulta extraño, en consecuencia, que desde esta posición, el concepto de razón práctica se presente como algo absolutamente insostenible por lógicamente imposible y “autocontradictorio”.

Como ya he dicho, el relativismo conduce a Kelsen a negar la posibilidad de cualquier fundamento material absoluto y/o incuestionable para las normas. En su opinión, como sabemos, “el problema de los valores es, en primer lugar, un problema de conflictos de valores y este problema no puede solucionarse mediante el conocimiento ra-

Marburgo (el de Cohen, por ejemplo) sólo recupera una parte muy determinada de la teoría de Kant: la teoría kantiana del conocimiento tal como se nos revela en la *Crítica de la razón pura*. Es decir, precisamente aquella que no arrastra tras de sí connotaciones metafísicas (así lo afirma, entre otros, F. GONZÁLEZ VICÉN: “Sobre el neokantismo lógico-jurídico”, *Doxa*, nº 2, 1985, pp. 32-37). Según STANLEY L. PAULSON la influencia del neokantismo en Kelsen no procede de la Escuela de Marburgo sino de la de Baden. A ello dedica buena parte de su artículo “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido immanente. Hans Kelsen como neokantiano”, trad. C. Bernal Pulido, *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 559-576. No entraré ahora en tales disquisiciones.

¹² Quisiera recordar que en la posición kantiana los fines últimos se los proporciona a sí misma la voluntad porque es autónoma (se autodetermina). La razón teórica sólo aporta la condición formal de no contradicción. Es decir, el contenido de la volición no puede ser exterior a la voluntad, ni superior a ella ya que, en tal caso, su autonomía quedaría eliminada. No obstante, el fin último al que la voluntad aspira es el que marca el imperativo moral.

cional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y por tanto, subjetivo, de por sí válido únicamente para el sujeto que juzga, y en consecuencia relativo”¹³. Por tanto, la razón no puede conocer valores absolutos o evidentes y carece de capacidad para ofrecer una fundamentación objetiva a las elecciones axiológicas. La dicotomía absolutismo/relativismo se presenta, de este modo, como una dicotomía insuperable.

En definitiva, parecería que la relación entre voluntarismo y relativismo en Kelsen, como en otros, es claramente circular. El voluntarismo que mantiene respecto de la creación de las normas se fundamenta en su relativismo pero, a la vez, el segundo encuentra en el primero su fundamento¹⁴. Sin embargo, yo diría que tal relación es, más bien, lineal pues es el voluntarismo el que depende del relativismo que se mantiene en el terreno axiológico; o sea que, a mi modo de ver, es el relativismo el que acaba por inclinar su balanza a favor del empirismo.

De lo anterior resulta, como ya he indicado, que todo sistema normativo se presenta desde un punto de vista externo como un sistema dinámico lo cual puede tener relevancia por lo que hace a la plausibilidad de la distinción misma entre sistemas dinámicos y estáticos o entre Derecho y moral¹⁵.

Si el sistema jurídico ha de ser siempre producido por un acto particular de imposición y si el Derecho es siempre positivo, es creado por un acto volitivo, se distingue en este punto de la moral, donde la justificación sustancial de las normas implica su convalidación (en Kelsen, la moral exige sólo un acto de reconocimiento, un momento de descubrimiento y revelación)¹⁶.

¹³ “¿Qué es justicia?” (1952) en *¿Qué es justicia?*, edición española a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, p. 39. Puede consultarse además *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 76-82 y *Teoría General del Derecho y del Estado*, (1945), trad. E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, pp. 7-9.

¹⁴ Así lo señalan J. RUÍZ MANERO en “Teoría de la democracia y crítica al marxismo en Kelsen”, presentación a la obra de H. Kelsen: *Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 17 y J. DELGADO PINTO en “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, cit., pp. 184-185.

¹⁵ J.A. GARCÍA AMADO ha subrayado, precisamente, que al diluirse la diferencia entre sistemas estáticos y dinámicos, desaparece también la diferencia estructural entre Derecho y moral (en *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 23).

¹⁶ Tal es la idea que Kelsen defiende a lo largo de toda su obra y que bien puede verse, por ejemplo, en *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 205-208 y en *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 133-134.

La cuestión es que la norma básica que es la condición previa del Derecho (en la que el Derecho encuentra su límite) no puede ser en sí Derecho positivo sino que ha de trascenderlo pasando a ser considerada una norma presupuesta; “una norma pensada como presupuesto cuando se interpreta un orden coactivo, eficaz en términos generales, como un sistema de normas jurídicas válidas”¹⁷. De hecho, de ella no se deriva la positividad del orden jurídico sino sólo la validez objetiva de un orden coactivo positivo fácticamente implantado, por lo que parece que no podría ser juzgada en cuanto válida o inválida sino sólo en cuanto legítima o ilegítima (merecedera o no de adhesión moral).

Pero, ¿no supone esto reconocer que ni la justificación sustancial (propia de la moral) ni la simple aplicación de la lógica formal deductiva, que ha de ceder frente al acto de voluntad (especialmente, frente al acto de voluntad primero), bastan por sí solas para dar lugar a una norma válida en términos jurídicos?, ¿no supone, pues, diluir la diferencia entre Derecho y moral? No en vano, algunos autores, como García Amado, han señalado que la norma fundamental es una cuestión de fe sentada sobre bases relativistas¹⁸. Una fe que Kelsen considera necesaria o, yo diría, funcionalmente útil, para la pervivencia o el mantenimiento de una sociedad que es ya, curiosamente, funcionalmente operante¹⁹.

¹⁷ *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 212. De este modo, la norma fundante básica se presenta como un dato lógico-jurídico, un presupuesto lógico-trascendental con valor epistemológico. Esta versión no puede sino ser provisional pues de la norma fundamental se nos ha transmitido una pluralidad de concepciones a las que no puedo hacer justicia aquí. Entre ellas, cabe destacar, con PAULSON, las que se refieren a la norma fundamental como validez *qua* pertenencia (carácter estático), sentido del deber ser (carácter dinámico) y validez *qua* obligatoriedad (carácter normativo). Véase al respecto su *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 145-183. Sin embargo, puede haber motivos para dudar de la independencia de estas versiones entre sí pues, por ejemplo, podría reducirse el punto de vista normativo al estático y este último al dinámico. En cualquier caso, como ya he indicado, no pretendo adentrarme en tales disquisiciones. Para profundizar en estas clasificaciones, es recomendable consultar la obra de R. GUASTINI: *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 376-388, su artículo “Norme supreme”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli, Torino, 1996, pp. 248-258 o el libro de E. BULYGIN: *Norme, validità, sistemi normativi*, G. Giappichelli, Torino, 1995, pp. 189-211.

¹⁸ En *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 116-122.

¹⁹ Parece que estamos ante una petición de principio dado que Kelsen da por probado lo que se debe probar. Y es que para poder considerar a las normas jurídicas como válidas se debe suponer que son efectivamente vinculantes, y esto es precisamente lo que hace falta demostrar.

Por otra parte, si el Derecho es un puro acto de voluntad, ¿cómo puede distinguirse del simple mundo del ser?; si pudiera distinguirse de los hechos sociales o fuera un hecho especial, ¿consistiría tal “especialidad” en su sometimiento a criterios racionales?, ¿en qué medida podría darse tal sometimiento? Los interrogantes son los mismos a un lado y a otro del razonamiento y no parece que Kelsen logre superarlos. Y es que, a mi juicio, la tesis normativista de Kelsen (que se combina con su renuncia a justificar la actitud normativa) no es suficiente para distinguir en su teoría la esfera del Derecho y la de los hechos.

Veamos este asunto con más detenimiento en el siguiente apartado.

3.1. La ruptura del logicismo. El principio de no contradicción y su aplicación al Derecho

Ya he aludido a la importancia que tiene para Kelsen la aplicación del principio de no contradicción, ahora cabe preguntarse si tal aplicación no supone, como afirma Delgado Pinto, que ha de existir una coherencia material entre las normas y que ello es relevante para su validez; o sea, que si la norma inferior contradice a la superior no puede ser válida²⁰. Kelsen insiste en que el paso de una norma a otra exige un acto normativo, un acto de autoridad que es aplicación, pero también creación del Derecho. Y es creación del Derecho porque el intérprete y el aplicador del Derecho eligen voluntariamente la interpretación de la norma (de entre las posibles) que sea más acorde con el sistema. El intérprete puede, incluso, salirse del marco de posibilidades descubiertas por la interpretación y, de este modo, violar el principio de no contradicción entre normas²¹. Si el resultado de tal aplicación del Derecho resulta efectivo, si la norma resultante es efectiva, entonces será prioritaria incluso sobre normas válidas superiores.

Así, en Kelsen, el principio de efectividad predomina sobre el de legitimidad pues una norma que llegue a ser efectiva, aunque no

²⁰ J. DELGADO PINTO en “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *cit.*, p. 192.

²¹ Puede que, de hecho, el aplicador no haga tal cosa o no se sienta inclinado a hacerlo porque está determinado ideológica y sociológicamente en este sentido. Tal determinación así como el protagonismo que Kelsen otorga a la efectividad acaban por vincular su teoría con las tesis de Hart. A esta vinculación se ha referido J.A. GARCÍA AMADO en “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto”, *cit.*, p. 1209.

haya sido establecida por el órgano competente, deviene válida y puede abrogar una norma anteriormente válida²². Además, en caso de conflicto entre normas la que resulta efectiva es la considerada válida aunque contradiga lo contenido en una norma superior y haya sido creada de acuerdo a un procedimiento distinto de los reglados. Kelsen resuelve este punto considerando transformada la norma superior o interpretándola de modo que la inferior aparezca como conforme con ella.

Visto esto, puede concluirse que el sistema jurídico no es un sistema estático, ni tampoco mixto (dado que podría no aplicarse el principio de no contradicción), sino dinámico puro. Ahora bien, esta tesis no puede mantenerse si cabe la posibilidad de que existan normas válidas (efectivas) que no han sido creadas por la autoridad correspondiente ni según el procedimiento establecido en normas superiores. Es decir, si se admite que todo poder normativo efectivo deviene poder jurídico.

En una primera aproximación, todo esto parece mostrar la artificiosidad de la distinción dinámico/estático así como la confusión que genera este asunto en los textos de Kelsen. Una confusión que se deriva, como señala Delgado Pinto, de conjugar dos principios contradictorios: el voluntarismo radical (cabén contradicciones pues la efectividad prima sobre la legalidad) y el principio de no contradicción (todo objeto de conocimiento científico ha de ser concebido como constituyendo una unidad exenta de contradicciones) combinado con el principio lógico de que una norma (un deber ser) sólo puede ser derivada de otra norma²³.

Ya sabemos que en escritos posteriores a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen acaba optando por el primero de estos principios en detrimento del segundo y admite abiertamente que las normas son el sentido objetivo de un acto de voluntad y no de razón. Esto le lleva a asumir la existencia simultánea de normas contradictorias. De hecho, en su opinión, a las normas jurídicas no se les puede aplicar el principio de no contradicción porque tales normas no son verdaderas ni falsas sino válidas o inválidas. Por tanto, dos normas pueden ser válidas al mismo tiempo aun cuando sean contradictorias entre ellas. Tal contradicción no es lógica sino teleológica y

²² Véase, J. DELGADO PINTO en "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico", *cit.*, p. 195.

²³ *Op. cit.*, pp. 202-208.

no puede ser resuelta por la ciencia jurídica aplicando principios lógicos (la ciencia jurídica sólo puede constatar el conflicto²⁴) sino únicamente mediante la pérdida de validez de una de las normas o por medio de la derogación (intervención de una tercera norma derogadora)²⁵. A esto se añade, además, que la norma fundamental aparece como el sentido de una voluntad fingida, de una autoridad fingida, y no consiste, pues, en una hipótesis sino en una auténtica ficción que se valora en orden al éxito de su implantación²⁶.

En definitiva, lo que en última instancia identifica al ordenamiento jurídico kelseniano no es la validez de las normas sino su eficacia. En palabras de Bobbio, esto es lo mismo que decir que “lo que cierra el sistema no es una norma sino un poder”²⁷ y el poder no puede sino estar en el mundo de los hechos. Lo cual no obsta para que, sólo desde una perspectiva gnoseológica o epistemológica, el Derecho tenga que ser pensado en relación a un patrón objetivo/normativo y, en consecuencia, pueda ser defendido en este terreno (no ontológico) como una entidad autónoma y diferenciada de lo puramente fáctico²⁸.

Queda todavía en el aire la discusión acerca de la naturaleza del sistema jurídico que, a la vista de lo que se ha dicho más arriba, no es ni estático ni dinámico en sentido puro pero tampoco parece que pueda ser mixto.

No voy a detenerme más en esta cuestión ampliamente analizada por una gran cantidad de autores. Me interesa destacar que Kelsen se sitúa en el dualismo voluntad/razón al distinguir entre sistemas diná-

²⁴ La ciencia jurídica constata la existencia de conflictos, en principio y según Kelsen, mediante enunciados no contradictorios que, sin embargo, tienen que reflejar las contradicciones normativas existentes. Como asegura DELGADO PINTO, parece que, según esto, habría que revisar la idea kelseniana de la unidad del orden jurídico como sistema (en “El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *cit.*, p. 208).

²⁵ Así lo expresa Kelsen en “Derogation” (1962), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, Boston, 1973, pp. 261-275.

²⁶ Véase al respecto, su *Teoría General de las normas*, *cit.*, pp. 430 y ss.

²⁷ N. BOBBIO en “Kelsen e il problema del potere”, C. Roehrsen: *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Firenze, 1983, p. 197.

²⁸ Todo ello se deriva de la tesis que Kelsen mantiene en relación al conocimiento. Aunque en su construcción no cabe una verdad objetiva, es decir, no puede existir un conocimiento absoluto por el cual sea posible acceder a la “verdadera realidad”, parece que sí cabe un conocimiento objetivo o, más bien, intersubjetivamente compartido.

micos y estáticos pero en la medida en que tal distinción se hace más confusa se va diluyendo también la dualidad y su teoría acaba por transitar a una forma de empirismo moderado, desde la que se sostiene un monismo ontológico y un dualismo epistemológico.

El monismo ontológico kelseniano, que es la pieza clave en este razonamiento, procede de la identificación ontológica (no epistémica) que Kelsen establece entre la imputación normativa y la categoría de causalidad²⁹. La diferencia entre el principio de causalidad y el de imputación, como ya se sabe, es, por un lado, que en el segundo la conexión entre condición y consecuencia está mediada por un acto de voluntad humano que se representa mediante la cópula “debe” y, por otro, que la línea de imputación no consta de un número infinito de eslabones sino solamente de dos³⁰.

Es en esta diferencia en la que parece asentarse la voluntad kelseniana que aparece como una voluntad racionalizada, dado que el Derecho no es pura fuerza, sino fuerza ordenada, y el poder jurídico no es un poder bruto, sino un poder normativo, autorizado, legitimado por normas y controlado por reglas³¹. La cuestión es determinar hasta qué punto en el esquema de Kelsen, las dimensiones de racionalidad pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de voluntad o en qué

²⁹ En *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 90-96 y pp. 103-105 y en “Causalidad e imputación” (1950), *¿Qué es Justicia?*, edición española a cargo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 221-254. Los conceptos de causalidad e imputación normativa se introducen como categorías intelectuales neokantianas en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen ya en 1934. De hecho, a finales de la década de los treinta Kelsen abandona la causalidad como categoría intelectual neokantiana sustituyéndola por algo similar a la concepción de la causalidad de Hume. El resultado de este alejamiento es una mezcla entre elementos neokantianos y empíricos y la degradación de la categoría de imputación normativa, es decir, del argumento neokantiano en favor de la normatividad. Véase a este respecto, STANLEY L. PAULSON: “El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o continuidad?”, trad. J. Aguiló Regla, *Doxa*, n° 2, 1985, p. 155.

³⁰ Véase, “Causalidad e imputación”, cit., pp. 230-232.

³¹ Así lo constata B. CELANO en *La teoria del Diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 58-59 y, entre nosotros, R. de ASÍS en “Los derechos y la argumentación jurídica”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 10, Junio 2004, pp. 13-14. De hecho, lo que R. de ASÍS llama “los rasgos de lo jurídico” (principio de legalidad y deber de obediencia al Derecho por parte de los jueces) son exigencias de racionalidad propias del concepto de Derecho que combina, de este modo, elementos volitivos y racionales (en *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 47-50). El propio Kelsen afirma a lo largo de su obra que el Derecho no puede darse sin poder pero, con todo, no es idéntico al poder. “Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder” (en *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 225).

medida puede hablarse de condiciones puramente formales de racionalidad³².

La oscilación entre la imagen de una norma como deber ser objetivo (que nos reenvía al carácter universal y racional del Derecho) y la imagen de una norma como un acto de voluntad condicionado, contingente, empírico, podría hacernos pensar en un intento por conciliar ser y deber ser³³, subjetividad y objetividad, universalidad y contingencia, en definitiva, el acto decisonal puro y su significado³⁴. Pero, ¿es

³² No es mi intención adentrarme ahora en el estudio de esta cuestión. Basta señalar, siguiendo a R. de ASIS, que la relación entre la razón y la voluntad por lo que hace a la creación del Derecho y a la interpretación jurídica se ha reflejado, por lo general, en dos concepciones distintas de tales actividades: la concepción cognitiva, que subraya el elemento racional, y la escéptica, que se apoya en el elemento volitivo. Por lo que se refiere a los sistemas constitucionales, parece que tales concepciones habrían de combinarse, como se combinan criterios de validez formal y material, dando lugar a lo que se ha venido denominando un "sistema mixto". Véase al respecto, el artículo del citado autor en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 10, Junio 2004, pp. 18-19. Puede consultarse también el libro de L. PRIETO SANCHÍS: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 19 y ss., la monografía de F.J. ANSUÁTEGUI: *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1997, pp. 79-86 o su artículo "Positivismo jurídico y sistemas mixtos", en J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 601-623. Lo cierto es que en tal sistema mixto triunfaría una suerte de positivismo, una fórmula que tomaría en consideración la moral legalizada (la ética pública, en palabras de G. Peces-Barba) para identificar a las normas válidas estableciendo un doble rasero de validez, formal y material. Este doble rasero sólo es posible si la moralidad pública es procedimental, es decir, si no descansa en una idea del bien sino que se dedica a marcar objetivos sociales, políticos y jurídicos que propicien la creación de un espacio de libertad y de autonomía donde todos puedan desarrollar su moralidad privada (G. PECES-BARBA en "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1999, pp. 111-131 y en *Ética, poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75-79). En definitiva, con el sistema mixto podría alcanzarse la deseada armonización voluntad/razón en el ámbito jurídico.

³³ Me estoy refiriendo aquí a un deber ser normativo y no simplemente técnico. Este último, como sabemos por VON WRIGHT, es un ser del que no se sigue nada normativo, aunque pueda presuponerse en él algo normativo. Véase al respecto: "Ser y deber ser", en A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo (comps.): *La normatividad del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 87-110.

³⁴ A esta pretensión alude, entre otros autores, L. TRIOLO en *La norma ignota: metateoría e teoría del Diritto in Kelsen*, G. Giappichelli, Torino, 1994, pp. 141-172.

posible la consecución de este equilibrio entre elementos antinómicos? Parece que en este punto reside una de las dificultades que presenta la construcción científico-normativa del Derecho positivo.

3.2. Causalidad e imputación. La voluntad causalmente determinada

Como ya he señalado, en un primer momento y desde un punto de vista sistemático, Kelsen es kantiano pues intenta encontrar una vía intermedia entre la teoría empírica del Derecho (que se apropia del fenómeno jurídico como un trozo de realidad dada naturalmente conforme al método científico-causal) y la doctrina del Derecho Natural (que arrastra a la teoría del Derecho a la esfera de los postulados ético-políticos), de la misma manera en que Kant intentó mediar también entre el empirismo escéptico y el racionalismo dogmático³⁵.

Para conseguir su objetivo, Kelsen intenta combinar la tesis de la separación conceptual Derecho-moral (propia del positivismo tradicional) y la tesis normativista de la separación conceptual Derecho-hecho (antipositivista³⁶). De esta última, en su opinión, no puede deducirse la tesis moral (inseparabilidad conceptual Derecho-moral) como de la primera no puede deducirse la tesis reduccionista (inseparabilidad conceptual Derecho-hecho)³⁷. Así es como consigue situarse entre las dos tradiciones que pretende superar. El más claro reflejo de tal composición puede encontrarse en la posición (o la pluralidad de posiciones) que el autor mantiene respecto de la norma fundamental. Y todo ello sin olvidar que su aproximación a Kant no termina aquí. E. Bulygin ha señalado, al menos, cuatro tesis claramente kantianas en las primeras teorías de Kelsen: (1) la concepción de la norma jurídica como entidad

³⁵ La cuestión trascendental que Kelsen se plantea, siguiendo a Kant, es cómo es posible el conocimiento del Derecho en tanto objeto de la ciencia jurídica cognitiva. Sin embargo, como se verá, su aproximación a Kant no le puede proporcionar un argumento defendible en apoyo de la Teoría Pura del Derecho. Así lo señala, por ejemplo, STANLEY L. PAULSON: "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica", trad. J. García Añón, *Doxa*, nº 9, 1991, p. 174.

³⁶ Es antipositivista siempre y cuando esta tesis no se entienda exclusivamente en un sentido lógico. Es decir, siempre y cuando no se entienda que la inseparabilidad Derecho-hecho es referida a la imposibilidad de inferir proposiciones prescriptivas de premisas descriptivas, que es algo que podría asumir cualquier positivista.

³⁷ Así lo explica STANLEY L. PAULSON en *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, cit., pp. 78-80.

ideal perteneciente al mundo del deber ser, distinto de la realidad natural; (2) el concepto normativo de validez (validez *qua* fuerza vinculante); (3) la normatividad de la ciencia jurídica; y (4) la doctrina acerca de la norma fundamental concebida como una categoría trascendental³⁸.

Si embargo, Kelsen se aleja de Kant en algunos puntos de entre los cuales hay uno que interesa especialmente a este trabajo³⁹. Kelsen renuncia a la ficción kantiana acerca de la indeterminación causal de la libertad de la voluntad recurriendo a su principio de imputación, distinto del causal pero no contradictorio con él (distinto, según entiendo, desde un punto de vista epistémico pero no ontológico), para afirmar la determinación de la voluntad según las leyes de la causalidad. “La imputación no presupone ni el hecho de la libertad, ni la ficción de la libertad como indeterminación causal, ni tampoco un error subjetivo según el cual los hombres se considerarían libres [aunque no lo fueran realmente]”⁴⁰. O sea, a Kelsen no le interesa tanto si hacemos o no lo que queremos hacer, es decir, si nuestras acciones están causadas por nuestras voluntades, sino si la voluntad se encuentra, a su vez, causalmente determinada (considerando que la causalidad es, por su propia esencia, una coerción irresistible). Y la cuestión es que su conclusión es muy distinta a la que defiende Kant, para quien es posible superar la ley causal. En efecto, nuestro autor considera que la imputación moral o jurídica sólo puede darse porque la voluntad está causalmente determinada. “El hombre no es objeto de imputación por ser libre, sino que el hombre es libre porque es objeto de imputación. Imputación y libertad se encuentran, de hecho, esencialmente entrelazadas. Pero esa libertad no puede excluir la causalidad y, en realidad, no lo hace”⁴¹.

La importancia de esta posición no debe soslayarse pues, a mi juicio, es precisamente aquí donde reside el tránsito de Kelsen de

³⁸ En *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., p. 191. También J.A. GARCIA AMADO ha señalado las semejanzas que inicialmente pueden apreciarse entre la obra kantiana y la de Kelsen sin olvidar el giro final de este autor (en *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., pp. 106-111).

³⁹ No voy a entrar a examinar todos los aspectos empiristas o positivistas que pueden encontrarse en las obras maduras de Kelsen. Para un análisis de tales aspectos, véase la obra de E. BULYGIN: *Norme, validità, sistemi normativi*, cit., pp. 189-213.

⁴⁰ *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 109.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 112. Afirmaciones de este tipo pueden verse también en “Causalidad e imputación”, cit., pp. 234-250. Allí mismo el autor declara que la antinomia entre necesidad natural y libertad social no es más que una apariencia y esto le lleva a afirmar que es posible reconciliar el indeterminismo y el determinismo, la filosofía racional y la empírica. Sin embargo, como ya he subrayado, posteriormente, parece renunciarse a tal conciliación.

posturas moderadamente racionalistas a tesis más empiristas, si bien entendidas en un sentido débil. Como ya he indicado, parece que es este tránsito el que le lleva, entre otras cosas, a diluir la diferencia entre sistemas estáticos y dinámicos, y el que, en definitiva, le aleja de uno de los objetivos a los que obedece su teoría del Derecho: la distinción conceptual entre el Derecho y otros sistemas normativos⁴².

Pues bien, si esto es así, ¿no cabe dudar de la deseabilidad de este giro? La respuesta no puede ser tajante.

Y es que en mi opinión, si bien el paso al ficcionalismo proporciona mayor coherencia a la concepción del Derecho kelseniano, no resulta compatible con uno de los objetivos que Kelsen se propone: lograr delimitar el ámbito de lo *puramente* jurídico y adoptar un punto de vista científico para analizarlo (bajo la dirección del principio de neutralidad valorativa).

4. UNA VALORACIÓN FINAL DEL GIRO KELSENIANO. DE LA RAZÓN A LA VOLUNTAD

Según se ha visto, parece claro que el último Kelsen abraza una forma de irracionalismo normativo que se deriva, inicialmente, del modo en que concibe la aplicación de la lógica al Derecho, de la relación que establece entre los principios de causalidad e imputación y, finalmente, como consecuencia de lo anterior, de su identificación entre norma y acto ficticio de voluntad.

Como señala Losano, en 1960 Kelsen consideraba todavía que el principio lógico de no contradicción podía aplicarse a las normas; después afirmó que eran las proposiciones sobre las normas y no las normas las que podían entrar en conflicto; finalmente, sostuvo que el principio de no contradicción no podía aplicarse, ni siquiera indirectamente, al mundo del Derecho al que tampoco serían aplicables las reglas de inferencia. Esta revisión comenzó con su artículo "Derogation", de 1962, continuó con *Recht und Logik*, sus ensayos de 1965, y culminó con la publicación de su *Teoría General de las nor-*

⁴² De hecho, como asegura L. GIANFORMAGGIO y aquí se ha visto, con el último Kelsen la categoría misma de "sistema normativo" resulta inconcebible y el fundamento de la validez sólo puede ser de tipo dinámico (una norma de autorización). Así, en la *Teoría General de las normas* lo importante no es la validez (que ya no se busca en lo que fundamenta a la norma sino en sus consecuencias); lo importante son los actos de creación. Por todo esto, sólo se puede encontrar la prueba de la validez de la norma superior pero no su razón de validez (en *Estudios sobre Kelsen*, Fontamara, México, 1994, pp. 87-107).

mas⁴³. Pues bien, como ya he indicado, es en el modo en el que Kelsen concibe la aplicación de la lógica al Derecho en el que se abre lo que Losano denomina “la primera grieta en el logicismo de la Teoría pura del Derecho” dado que el conflicto entre normas acaba por resolverse con un acto de voluntad del juez o del legislador.

El logicismo se disuelve por completo cuando a lo anterior se añade el concepto kelseniano de norma, entendida como norma positiva, establecida. “La norma general es un acto de voluntad del legislador y la norma individual un acto de voluntad del juez: entre las voluntades de dos hombres distintos no existe un vínculo necesario y absoluto como el que la regla de inferencia genera entre dos proposiciones (...) El silogismo normativo (si se puede llamar así) se basa en un acto de voluntad”⁴⁴.

La norma es, además, el sentido de un acto de voluntad autorizado (y determinado). Al principio, el sentido, como aportación neokantiana a la obra de Kelsen, no se refiere a un nexo empírico sino inmanente entre aserciones y acontecimientos y esta concepción es de naturaleza ontológica. Sin embargo, el último Kelsen emplea una noción de sentido en el plano semántico⁴⁵.

Veamos. La norma fundamental se identifica con un acto de voluntad fingido (no real) que procede de una autoridad superior que es también ficticia. Como tal, la norma fundamental es una verdadera ficción, en el sentido de Vaihinger. La ficción, como una construcción falsa o imaginaria, cumple una función pragmática, heurística, en relación al conocimiento humano y en ningún caso sirve para describir la realidad. Además, no puede ser calificada ni de verdadera ni de falsa dado que no se corresponde con una realidad histórica o empírico-natural, ni es independiente del intelecto humano. La auténtica ficción (a diferencia de las semificciones) finge sus propios presupuestos constitutivos y, además, garantiza su validez, o sea, los legitima; es provisional y se mantiene en la medida en la que es necesaria o útil al conocimiento; es, por tanto, radicalmente falsa⁴⁶.

⁴³ No obstante, según STANLEY L. PAULSON, el giro kelseniano de 1960 ya se venía preparando en los textos anteriores a la segunda edición de la Teoría Pura (en “El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o continuidad?”, *cit.*, pp. 155-157).

⁴⁴ M. LOSANO: “La teoría pura del Derecho. Del logicismo al irracionalismo”, *cit.*, p. 67.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 77.

⁴⁶ FARIÑAS, M.J.: “Del ficcionalismo al constructivismo en la teoría jurídica de Hans Kelsen”, J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 111-113.

tarla como un acto ficticio de voluntad, al reforzar su voluntarismo, se aleja también del neokantismo para abrazar una forma de constructivismo epistemológico.

Con este giro, el Derecho parece distanciarse de la moral pero acaba identificándose con el poder, que, como sabemos, no puede sino estar en el mundo de los hechos, y de este modo, la tesis normativista de Kelsen se revela insuficiente para distinguir en su teoría la esfera del Derecho y la de los hechos. Es cierto, como ya he dicho, que esto es compatible con la idea de que el Derecho debe ser pensado en relación a un patrón objetivo/normativo y, en consecuencia, pueda ser defendido como una entidad autónoma y diferenciada de lo puramente fáctico, pero sólo puede serlo en el terreno epistemológico.

Más claramente, y de acuerdo a lo que he señalado más arriba, en Kelsen desde un punto de vista ontológico el Derecho es un hecho, una coerción irresistible, pero desde un punto de vista epistemológico la causalidad no es equiparable a la imputación (importancia de la cópula "debe"). Es decir, que el Derecho no es pura fuerza sino fuerza controlada, finalmente, conforme a un acto de voluntad empírico y condicionado (dado que la voluntad está causalmente determinada se puede dar la imputación). Y de este modo, prevalece el hecho sobre la norma. En definitiva, el Derecho es epistemológica pero no ontológicamente diferente al hecho: en un principio, porque está controlado por la razón, después porque está sometido al dictado de una voluntad determinada por los hechos. Es por esta razón por la que, por ejemplo, en este último momento, se encuentra su prueba de validez en la norma superior pero no su razón de validez.

De acuerdo con esta tesis, parece que es posible identificar al Derecho pero no es posible definirlo por lo que Kelsen ofrece una concepción y no un concepto de Derecho. Esto explica, entre otras cosas, que el acto de creación acabe siendo más importante que la validez y que todos los sistemas sean considerados sistemas dinámicos.

El problema es que si todo lo efectivo es dinámico, si no hay distinción entre lo dinámico y lo estático, parece difícil seguir hablando de la existencia de un sistema normativo en cuanto tal.

En mi opinión, el positivismo normativista no puede mantenerse desde la separación radical voluntad y razón y desde la imposición de la primera a la segunda sino que exige transitar a un racionalismo dualista a fin de conectar ambas dimensiones. Si, como parece, tal

conexión no puede desvincularse de la que ha de existir entre hechos y valores es posible que los problemas no terminen aquí.

En efecto, este asunto pone en cuestión, una vez más, la tesis de la separación conceptual Derecho/moral, porque si el Derecho no consigue distinguirse del mundo de los hechos puede cuestionarse también su distinción de la moral social (hechos morales). Y si esto es así, ¿no estamos volviendo a una forma de convencionalismo? En este marco, resulta relevante, por supuesto, preguntarse si la moral social es un espacio para lo genuinamente moral o puede concebirse simplemente como una forma de hecho social. No es un asunto en el que vaya a adentrarme ahora pero sobre esta base ya sabemos que no faltan quienes defienden que el Derecho es, por definición, un sistema mixto y las nuevas corrientes antipositivistas parecen confirmarlo.

En definitiva, al renunciar a su inicial influencia kantiana (la norma se presenta como deber ser objetivo que nos reenvía al carácter universal y racional del Derecho) para asumir presupuestos más materialistas, Kelsen se sitúa en una forma de empirismo moderado. En otras palabras, en la medida en que en su construcción las dimensiones de racionalidad pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de voluntad, su teoría de los sistemas se aleja del racionalismo. Esto acaba por afectar a la distinción que inicialmente se mantiene entre el Derecho y la política, la fuerza o el poder, en suma, a su distinción entre normas y hechos. Por consiguiente, la tesis normativista con la que se pretendía asegurar la separación conceptual entre Derecho y hecho se ve notablemente afectada.

Como ya he indicado, podría discutirse si con ello no se debilita también la que pretendía subrayar la separación entre Derecho y moral pero si bien creo que la respuesta debe ser afirmativa, esta es una cuestión en la que no voy a adentrarme aquí y que, sin duda, debido a su extensión y profundidad, merece un desarrollo más exhaustivo.